



Roj: **STS 5133/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5133**

Id Cendoj: **28079110012016100660**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2016**

Nº de Recurso: **2464/2014**

Nº de Resolución: **683/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 824/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vélez-Málaga; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la entidad Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L., representada ante esta sala por el procurador de los Tribunales don Gonzalo Santos de Dios; siendo parte recurrida doña Rosaura , representada por la procuradora de los Tribunales doña Blanca Murillo de la Cuadra.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Rosaura , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1º) Se declare y reconozca el derecho de INVERSIONES INMOBILIARIAS MOSADA S.L a retraer la finca en lugar de Doña Rosaura , en las mismas condiciones y precio que ésta ha adquirido la finca en el procedimiento judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia 12 de Málaga, en autos 1646/2007.

»2º) Se declare ejercido en tiempo y forma el derecho de retracto por mi representada.

»3º) Se condene a DOÑA Rosaura a otorgar a favor de INVERSIONES INMOBILIARIAS MOSADA S.L escritura pública de retroventa de la finca NUM000 inscrita en el Registro de la Propiedad número tres de los de Vélez-Málaga al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 ., por igual precio que el valor de adjudicación del inmueble así como, impuestos liquidados, y honorarios registrales devengados hasta la inscripción del testimonio del decreto de adjudicación dictado en los referidos autos y cancelación de la carga ejecutada y de las inscripciones y anotaciones posteriores practicadas.

»3º) (sic) Las costas ocasionadas a mi mandante en caso de no allanarse la demandada a la acción ejercida.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

«... dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por la actora, declarando no haber lugar a los pronunciamientos que se pretenden de contrario, todo ello con expresa imposición a la actora de las costas del presente procedimiento.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º1 , dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:



«Se estima la demanda interpuesta por la entidad Inversiones Inmobiliarias Mosada SL, representado por la procuradora Sra. Peláez Salido frente a doña Rosaura representada por el procurador Sr. Aranda Alarcón con los siguientes pronunciamientos:

»1º.- Se declara y reconoce el derecho de Inversiones Inmobiliarias Mosada SL a retraer la finca en lugar de Doña Rosaura , en las mismas condiciones y precio que ésta ha adquirido la finca en el procedimiento judicial seguido ante el juzgado de primera instancia doce de en Málaga en autos 1646/2007.

»2º.-Se declare ejercido en tiempo y forma el derecho de retracto por la entidad Inversiones Inmobiliarias Mosada SL.

»3º.- Se condena a Doña Rosaura a otorgar a favor de Inversiones Inmobiliarias Mosada Sociedad Limitada escritura pública de retroventa de la finca NUM000 inscrita en el registro de la propiedad número tres de los de Vélez Málaga al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , por igual precio que el valor de adjudicación del inmueble así como impuestos liquidados y honorarios registrales devengados hasta la inscripción del testimonio del decreto de adjudicación dictado en los referidos autos y cancelación de la carga ejecutada y de las inscripciones y anotaciones posteriores practicadas.

»4º.- Se condena a doña Rosaura al pago de las costas de ésta instancia.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y sustanciada la alzada, la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2014 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña Rosaura , representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Aranda Alarcón, contra la sentencia de veintitrés de enero de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Vélez Málaga (Málaga), en autos de juicio ordinario número 824 de 2011, revocando íntegramente la misma, debemos acordar y acordamos desestimar la demanda de retracto ejercitada por la entidad mercantil "Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L.", representada en esta alzada por el Procurador de los Tribunales Sr. Ballenilla Ros, frente a la ahora apelante, en relación con la finca NUM000 inscrita en el Registro de la propiedad número Tres de Vélez Málaga al tomo NUM001 , libro NUM002 , folio NUM003 , todo ello con imposición de las costas procesales producidas en primera instancia a la parte demandante y sin que se haga especial pronunciamiento de las devengadas en esta alzada.»

TERCERO.- Contra la sentencia de segunda instancia, Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L. interpuso recurso de casación ante el tribunal sentenciador. Los motivos de dicho recurso son los siguientes :

1 . Por infracción del artículo 31, en relación con el artículo 25 LAU y jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 2 noviembre de 2006 (rec. 5229/1999); de 18 de marzo de 2010 ; y de 25 de febrero de 2011 .

2. Por infracción del artículo 1281, 1.º CC en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 18 de noviembre de 1994 , 15 de julio de 1996 y 14 de diciembre de 2005 .

3. Por infracción del artículo 31 en relación con el artículo 25 LAU y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 14 diciembre 2006 ; de 24 abril 2007 y 17 diciembre 2011 .

CUARTO.- Por esta sala se dictó auto de fecha 4 de noviembre de 2015 por el que se acordó la admisión de dicho recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, doña Rosaura , que se opuso mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Blanca Murillo de la Cuadra.

QUINTO.- Por providencia de 10 de octubre del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 2 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L. formuló demanda contra doña Rosaura solicitando que se reconociese a su favor el derecho de retracto sobre el local que tenía arrendado, situándose en lugar de la demandada y en las mismas condiciones y precio en que ésta había adquirido la citada finca en subasta judicial, se declare que el derecho de retracto ha sido ejercitado en tiempo y forma y, en consecuencia, se condene a la demandada a otorgar a favor de la demandante escritura pública de retroventa.

El local se describe como: «Local destinado a comercial, situado en la planta baja del edificio Capote sito en la calle Alcalde Juan Barranquero, número uno de la ciudad de Vélez-Málaga, que ocupa una superficie de



noventa y dos metros quince decímetros cuadrados y linda: frente, en parte, con calle Alcalde Juan Barranquero por la que tiene acceso, y en parte, con portal de vivienda del edificio al cual pertenece; izquierda entrando, con finca número NUM004 y en parte con portal de viviendas del edificio al cual pertenece; derecha, Don Leonardo y fondo o espalda, con la finca original de la que a su vez procede por segregación. Cuota 14,13%».

En autos de Ejecución de Títulos Judiciales 1646/2007 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia 12 de Málaga por la demandada doña Rosaura contra Mirador de la Fortaleza S.L., propietaria del local arrendado a la demandante Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L., aquélla resultó adjudicataria de la finca arrendada, dictándose a su favor decreto de adjudicación con fecha 14 de octubre de 2010.

Tras oponerse la demandada a tales pretensiones, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda. Recurrida en apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial estimó el recurso y revocó la sentencia. Su razonamiento, en síntesis, fue el siguiente: a) La demandante carece de legitimación *ad causam* para el ejercicio de la acción de retracto pues siendo innegable la cualidad de arrendataria no concurre en ella el requisito de ser ocupante de la finca objeto de arrendamiento ya que la tiene subarrendada a Mercadona; b) Ha transcurrido el plazo de treinta días para el ejercicio de la acción de retracto, ya que si bien consta probado que la arrendataria no tuvo conocimiento del curso del procedimiento de ejecución hasta que se admitió su personación (mediante diligencia de ordenación de 19 de septiembre de 2011, notificada el 23 siguiente), y que la actividad de notificación desplegada por la nueva propietaria del local fue insuficiente, desde la remisión del primer burofax de 1 de junio de 2011 en que se puso en conocimiento de la arrendataria la transmisión practicada - aunque sin especificar la cantidad por la que fue adjudicado el remate de la subasta- la arrendataria pudo acceder al Registro de la Propiedad y tomar conocimiento cabal y pleno de las condiciones de la transmisión, dado que desde el día 6 de mayo de 2011 ya aparecían consignados los datos de la transmisión.

La demandante ha recurrido en casación, al amparo del art. 477.2.3 LEC , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta sala.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso denuncia la infracción del artículo 31 en relación con el 25, ambos de la LAU y la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el arrendatario puede ejercer el derecho de retracto previsto en la LAU aun cuando al tiempo de ejercerlo no esté en posesión física o material del inmueble arrendado, bastando con que lo posea de forma mediata o jurídica (como sucede en caso de subarriendo). Cita en apoyo de su tesis las SSTs de 2 de noviembre de 2006 , 18 de marzo de 2010 y 25 de febrero de 2011 . Afirma que, aunque el arrendatario no ocupe físicamente el inmueble arrendado al tiempo de ejercitarse el derecho de retracto arrendaticio, ello no implica la pérdida de la condición de «ocupante» del mismo, pues detenta la posesión mediata y por ello tiene derecho a ejercer tal derecho como cualquier otro arrendatario, máxime cuando el mismo se le reconoce por el arrendador en el contrato de arrendamiento aunque el citado arrendatario no vaya a poseer la cosa arrendada porque la va a subarrendar -con consentimiento del arrendador- en este caso a Mercadona.

El motivo ha de ser estimado ya que, aun cuando el artículo 47 de la LAU 1964 exigía la ocupación efectiva de la vivienda o local para poder ejercer el derecho de retracto arrendaticio y así se reconoció por esta sala, entre otras, en sentencias de 7 mayo 1985 , 12 junio 2002 y 13 mayo 2008 , siempre en referencia a contratos celebrados bajo la vigencia de aquella ley, no ha sido así a partir de la entrada en vigor de la LAU 1994 que no se refiere expresamente a la «ocupación» por el arrendatario de la vivienda o local a retraer, como condición necesaria para poder ejercer tal derecho..

Así, la sentencia de esta sala núm. 1073/2006, de 2 noviembre , dice que «es al arrendatario, y no al subarrendatario, a quien se le reconoce el derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la situación posesoria característica del arrendamiento, mediata o inmediata, según los casos, con presencia en dos relaciones distintas y coexistentes con el arrendador y con el subarrendatario, y esta especial relación con la vivienda o local es lo que le permite disfrutar de los derechos y de las obligaciones propias de la Ley, entre otros, el de poder retraer para el supuesto de enajenación de la vivienda o local arrendado durante la vigencia del arrendamiento (...) Es evidente, por tanto, que manteniéndose el derecho de adquisición preferente, en la vieja y nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que no es posible, sin una referencia expresa, es reconocer al arrendatario un derecho -subarriendo- y negarle otro -retracto- cuando lo ejercita y mantiene en legal forma...».

Del mismo modo la sentencia núm. 184/2010, de 18 marzo , afirma que «se reconoce al arrendatario un derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la posesión propia del arrendamiento, ya sea de forma mediata o inmediata, lo que le permite disfrutar de los derechos y de las obligaciones propias de la Ley, entre otros, el de poder retraer para el supuesto de enajenación de la vivienda o local arrendado durante la vigencia del arrendamiento».



TERCERO.- Estimado el anterior motivo, procede casar la sentencia recurrida y esta sala se ha de pronunciar sobre el fondo de la cuestión litigiosa.

Admitido que la concurrencia de la condición de arrendataria en la demandante es suficiente para poder ejercer el derecho de retracto, ha de afirmarse que en nada afecta al posible ejercicio de tal derecho la circunstancia de que existiera contacto entre las partes litigantes a efectos de una posible novación del contrato de arrendamiento, por lo que únicamente se habrá de plantear si el ejercicio del derecho se produjo en forma y dentro del plazo de caducidad establecido por la ley.

La demandada, en su escrito de contestación, alegó que había precluido el plazo para el ejercicio del derecho de retracto en la fecha de interposición de la demanda.

El artículo 25.3 LAU establece que «El derecho de retracto caducará a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente deberá hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada».

Se desprende de dicha norma la exigencia al adquirente de una conducta activa a efectos de consolidar su adquisición una vez transcurra el plazo apto para el ejercicio del retracto, de modo que está obligado a notificar fehacientemente al arrendatario todas las condiciones de la venta cuyo conocimiento resulta necesario para poder decidir sobre el ejercicio del retracto y sólo a partir de ese momento comienza a correr el plazo de caducidad de treinta días establecido en la ley. En el presente caso tanto la sentencia dictada por el Juzgado como la de la Audiencia Provincial ponen de manifiesto una actuación insuficiente de la adquirente en este sentido, siendo la propia parte demandante la que hubo de realizar las actuaciones propias ordenadas a conocer las condiciones de la venta y, desde que las conoció hasta el ejercicio de la acción de retracto, no había transcurrido el plazo de caducidad de treinta días del artículo 25 LAU .

No basta por ello a la adquirente -hoy demandante- con afirmar, como hace en su escrito de contestación a la demanda, que «es evidente que la actora ha tenido la posibilidad de conocer de manera directa toda la información al respecto, resultando evidente que si ésta no optó por obtener dicha información del juzgado (hasta dos meses después) o del registro público de la propiedad (hasta casi cuatro meses después), no es ello una cuestión imputable a mi representada, de manera que como puede comprobar el juzgador, nos encontramos entonces que, independientemente a las comunicaciones efectuadas por mi mandante, al menos desde el 28 de julio de 2.011, fecha de personación en las actuaciones judiciales referenciadas, el actor, puede y tiene acceso a la información completa de las actuaciones e instrucción del referido procedimiento, incluyendo la subasta y el decreto de adjudicación dictado por el secretario judicial.». Por el contrario, para que comience a correr el plazo de caducidad para el ejercicio del retracto, es necesario que la adquirente cumpla escrupulosamente la exigencia contenida en el artículo 25.3 LAU o que acredite de modo indubitado que el retrayente contaba con toda la información necesaria para poder optar por el ejercicio de su derecho y no simplemente que estaba en condiciones de obtenerla.

Cabe citar al respecto la sentencia de esta sala núm. 828/2010, de 17 diciembre , según la cual «debe modularse el rigor del mandato contenido el artículo 25.3 LAU , en el sentido de que pese a que el precepto establece que el derecho de retracto caduca a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente debe hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, tal notificación no resulta necesaria cuando aparezca probado que el arrendatario ha tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones. Este será el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad que establece el artículo 25. 3 LAU (STS 24 de abril de 2007 [RC n.º 2440/2000] entre otras)».

Iguals consideraciones hacía la sentencia núm. 479/2007, de 24 de abril , la que expresamente ratificaba «la doctrina conforme a la cual la publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminando la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (Sentencia de 14 de diciembre de 2006 , que cita las de 22 de junio de 1962 , 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968)».

Por último, tampoco puede acogerse la alegación referida a una presunta renuncia contractual por parte del arrendatario al ejercicio del derecho de retracto, según la estipulación cuarta, apartado 5.º, del contrato pues, como razona la sentencia de primera instancia en su fundamento de derecho cuarto *in fine* , no se dan las condiciones previstas para que opere dicha renuncia, que siempre habrá de ser apreciada con criterio riguroso y restrictivo, siendo así que en el caso presente no sólo se trata de una adquisición en pública subasta sino



que, además, la adjudicataria no está comprendida en ninguno de los casos de exclusión del retracto a que se refiere el contrato.

En definitiva procede la estimación de la demanda confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

CUARTO.- Estimado el recurso, no procede condena en costas causadas por el mismo (artículos 394 y 398 LEC) y ha de devolverse a la parte recurrente el depósito constituido para su interposición. Se ratifica la condena en costas de primera instancia a la parte demandada, sin pronunciamiento condenatorio respecto de las causadas por la apelación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de Inversiones Inmobiliarias Mosada S.L. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 6.ª) de 18 de julio de 2014, dictada en Rollo de Apelación n.º 501/2014 , dimanante de autos de juicio ordinario n.º 824/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Vélez Málaga, seguidos a instancia de la hoy recurrente contra doña Rosaura .
- 2.º- Casar la sentencia recurrida, confirmando la dictada en primera instancia en todos su pronunciamientos.
- 3.º- No haber lugar a condena en costas causadas en la apelación y por el presente recurso, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido. Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitido.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.